

LA RACIONALIDAD DE LA PROPORCIONALIDAD EN SISTEMAS ORIENTADOS A LA PREVENCIÓN ESPECIAL *

Octavio García Pérez

Profesor titular de Derecho penal. Universidad de Málaga

GARCÍA PÉREZ, Octavio. La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-09, p. 09:1-09:25. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-09.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 09-09 (2007), 10 dic]

RESUMEN: La configuración del principio de proporcionalidad en los sistemas orientados a la prevención especial, en concreto en el de medidas de seguridad del Código penal de 1995 y en el de medidas para menores responsables de la comisión de hechos delictivos de la Ley Orgánica 5/2000, ha sido muy criticada por amplios sectores de la doctrina, pues el límite a las sanciones derivado de este principio no se debería vincular con la gravedad del hecho cometido sino con el fin de las respuestas: la evitación de que el sujeto vuelva a delinquir en el futuro. En este trabajo se pretende ofrecer argumentos a favor de la actual regulación, destacando que ésta sólo podría ser impugnada desde la perspectiva de un modelo basado en la premisa de que el fin justifica los medios. Sin embargo, si se acepta la idea de que el fin no siempre justifica los medios, el principio de proporcionalidad no se puede vincular a lo necesari-

rio para evitar que los sujetos vuelvan a delinquir porque, como ya se destacó en relación con los postulados de von Liszt, ello conduce a sanciones de duración indeterminada, que en la práctica serán perpetuas para aquellos sujetos que no demuestren síntomas de mejora. Dicho con otras palabras, de este modo el principio no ofrecería límites o los que ofrece son inaceptables. Por ello no es de extrañar que los propios críticos con la actual normativa terminen introduciendo límites ajenos a la prevención: las medidas no pueden exceder de lo que se derive de la peligrosidad del sujeto y de la gravedad de los hechos que en el futuro pueda cometer, o que la medida no puede ir más allá de lo que habitualmente dure el tratamiento para estas situaciones. Más allá de estos límites ya no se podría extender la intervención. Siendo compartibles los objetivos perseguidos con la introducción de estos límites, terminan, no obstante, incurriendo en aquello que se critica: la falta de coherencia con el fin de la prevención especial con la desventaja, a juicio del autor, de que, además, las limitaciones propuestas son más inseguras que las previstas en la actual legislación. El trabajo aborda una comparación de los diversos sistemas de penas estatales en Europa, con el objetivo de sistematizar los diversos modelos político-criminales y de calibrar la aflictividad de

* Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación correspondiente al Programa sectorial de Promoción general del conocimiento del Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU2003-05722 sobre "Teoría y práctica de la legislación penal".



los mismos. A través de determinados indicadores se pone de relieve que los sistemas jurídicos que abren un mayor espacio a la discrecionalidad judicial en la selección y la determinación de la pena muestran una mayor moderación del rigor punitivo y están en mejores condiciones de dar

respuesta a una fenomenología criminal cada vez más diversa.

PALABRAS CLAVE: proporcionalidad, prevención especial, racionalidad conforme a valores y racionalidad conforme a fines.

Fecha de publicación: 10 diciembre 2007

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO POSITIVO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS A MENORES. III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PROPORCIONALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PENAL Y LAS MEDIDAS EN LA LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES. IV. BASES PARA EL ANÁLISIS DE LA DISCUSIÓN. IV. 1. Planteamiento. IV.2. Racionalidad conforme a valores y racionalidad conforme a fines. IV.3. La proporcionalidad en sentido amplio. IV.4. La proporcionalidad en sentido estricto y su encaje en la racionalidad valorativa. V. LA COHERENCIA DE LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y MEDIDAS A MENORES.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del sistema penal español existen dos subsistemas de reacciones penales que se orientan esencialmente a la prevención especial. El primero se encuentra en el Código penal en el Título IV del Libro I¹: las medidas de seguridad para inimputables y semiimputables. El segundo es el relativo a los menores de edad contemplado en la Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores². Las medidas que se les imponen cuando cometen delitos están orientadas a su educación.

Asimismo se reconoce de forma unánime, como vamos a ver, que en la regulación de ambos subsistemas se consagra la vigencia del principio de proporcionalidad.

Sin embargo, la doctrina española se encuentra muy dividida en lo relativo a la valoración que merece la configuración del principio de proporcionalidad tanto en el Código penal como en la LORRPM. Tras exponer la forma en la que se ha plasmado el mencionado principio en ambos subsistemas, me propongo analizar la discusión que se ha generado sobre la regulación de la proporcionalidad en ellos. Para poder tomar partido en la discusión es preciso abordar el fundamento de los principios que conviven en un ordenamiento jurídico y, aclarada esta cuestión, determinar la que corresponde a la proporcionalidad. Sólo así se podrá vislumbrar si la actual regulación de la proporcionalidad en materia de medidas de seguridad y de medidas a menores resulta coherente o no.

¹ También habría que tener presentes las referencias que se hacen a las medidas de seguridad en varios preceptos del Título Preliminar del Código penal.

² En adelante LORRPM.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL DERECHO POSITIVO DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y LAS MEDIDAS A MENORES

En el ámbito de las medidas de seguridad, el Código penal dispone en su art. 6.2 que éstas "no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir el delito". Este límite se plasma luego en los arts. 101.1, 102.1 y 103.1 para los inimputables, señalando que "el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia". En el caso de los semiimputables, el art. 104 dice que "la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista en el Código para el delito"³. Asimismo, hay que destacar que con carácter general el art. 95.2 del Código penal prohíbe imponer medidas privativas de libertad cuando el hecho realizado no esté castigado con pena privativa de libertad.

En el ámbito de los menores, la primera referencia a la proporcionalidad la encontramos en la Exposición de Motivos. En ésta se proclama la "naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad". A continuación señala que "al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor,

³ En la doctrina se discute si para los inimputables hay que atender a la pena concreta o no. En el primer sentido se manifiesta García Arán, quien con argumentos gramaticales señala que "se pretende que el inimputable sea tratado como el responsable en cuanto al tiempo de privación de libertad, tomando en consideración las características del hecho como si lo hubiera cometido un sujeto responsable" (García Arán, M. en Muñoz Conde/García Arán: *Derecho penal* PG. 4ª ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 663. Llegan a la misma conclusión Silva Sánchez, J. M.: "Consideraciones sobre las medidas de seguridad a propósito de su regulación en el nuevo Código Penal Español", en *Perspectivas sobre la política criminal*. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, págs. 88 y ss.; Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte General* T. III. Tecnos, Madrid, 2001, pág. 69 nota 90). El empleo de un punto de referencia diverso para los semiimputables, donde, como es sabido, se parte de la pena abstracta, se debe, como indica García Arán, a "que, al aplicarse la eximente incompleta, habrá resultado una pena concreta muy atenuada, por lo que el legislador la ha considerado como un límite excesivamente bajo (García Arán, M. en Muñoz Conde/García Arán: *Derecho penal* PG. Op. Cit., pág. 664). En cambio, otros autores como Gracia Martín, interpretan que siempre hay que partir de la pena abstracta (Gracia Martín, L. en Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón: *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 403 y s.).

A mi entender, la cuestión no se puede resolver sin mirar el fundamento de la regulación. Si, como vamos a ver, los límites a las medidas no son más que un reflejo del principio de proporcionalidad que representa una garantía de idéntico contenido para cualquier sanción (Cfr. *infra*), a favor de la primera interpretación juegan no sólo los argumentos gramaticales, sino también la idea de que con la referencia al marco abstracto de la pena no se alcanzarían los objetivos perseguidos. En efecto, el recurso al marco abstracto de la pena puede conducir a imponer a los inimputables privaciones de derechos más rigurosas que las que corresponderían por el mismo hecho a un imputable, especialmente en situaciones de concurrencia de atenuantes. Y ello sin que se den las razones que obligan a acudir al marco abstracto en el supuesto de los semiimputables.

como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares”. Aunque a primera vista pueda parecer que el legislador ha excluido el principio de proporcionalidad del Derecho penal de menores, lo cierto es que en el contexto en el que se usa el término se está exponiendo cuál es el fin que se asigna a las sanciones recogidas en la Ley, declarando que ésta se inclina por la prevención especial y rechaza otras finalidades. En realidad, más que la proporcionalidad lo que parece rechazarse es la retribución o al menos el entendimiento que de aquélla realiza ésta, en virtud de la cual todo hecho delictivo ha de recibir una respuesta que, además, ha de tener una magnitud equivalente a la de la gravedad del delito⁴. Lo que sucede es que para designar los diferentes fines de las sanciones penales no se usa la terminología tradicional. En efecto, se habla de finalidad educativa, intimidación y proporcionalidad en lugar de prevención especial, prevención general y retribución.

Aclarado lo anterior, hay que destacar que un análisis más detenido de la Ley nos permite encontrar diversas acuñaciones del principio de proporcionalidad en su articulado. Así, el art. 8.2 dispone que la duración de las medidas privativas de libertad no podrá exceder “del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código penal”. También el art. 9 contiene varias reglas reconducibles a este principio: reserva del internamiento en régimen cerrado para los hechos más graves (los cometidos con violencia o intimidación o con grave riesgo para la vida o integridad de las personas); no aplicación de esa medida a los hechos imprudentes; las faltas sólo se pueden sancionar con la amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas⁵.

En el fondo estamos ante un modelo similar al establecido por el legislador en el Código penal de 1995 para las medidas de seguridad y que, además, ha sido exigido para el Derecho penal de menores por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 61/1998, de 17 de marzo. En la primera se proclama como límites “implícitos en la imposición de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales”: “la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta o la imposibilidad de establecer medidas más graves o de una duración superior a la que correspondería por los mismos hechos si de un adulto se tratase”.

⁴ Así, por ejemplo, Córdoba Roda, J.: “La Ley de responsabilidad penal de los menores: aspectos críticos”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 2, 2002, pág. 63. Destaca también que la proporcionalidad se vincula a los fines de la pena, Alastuey Dobón, M. C.: *La reparación de la víctima en el marco de las sanciones penales*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, págs. 437 y s.

⁵ En general, la doctrina suele vincular estos límites con el principio de proporcionalidad. Así, por ejemplo, Tamarit Sumalla, J. M.: “El nuevo Derecho Penal de menores: ¿creación de un sistema penal menor?”, en *Revista Penal*, 2001, nº 8, pág. 77; Sánchez García de Paz, I.: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal*, 2000, nº 33, págs. 720 y s.; Gómez Rivero, M^a C.: “Algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal* 2001, nº 10, pág. 173; González Cussac/Cuerda Arnau: “Derecho Penal de Menores: criterios generales de aplicación de las medidas”, en *Justicia penal de menores y jóvenes*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 102; García Arán, M. en Muñoz Conde/García Arán: *Derecho penal*. PG. Op. Cit., págs. 669 y s.

III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA PROPORCIONALIDAD EN LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PENAL Y LAS MEDIDAS EN LA LEY REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

Existe un amplio acuerdo en que las medidas de seguridad requieren que se les imponga un límite, puesto que, de lo contrario, pueden conducir a excesos. En efecto, como se ha podido comprobar en los sistemas dualistas, las medidas de seguridad pueden servir en muchas ocasiones para prolongar la intervención penal, superando los límites establecidos para las penas por la vía de aplicar una sanción de contenido similar a éstas, pero a la que se denominaba medida de seguridad. Con ello, se producía un fraude de etiquetas⁶. En este sentido, Sanz Morán entiende, a mi juicio acertadamente, que esencialmente son dos las razones que justifican la imposición de un límite a las medidas de seguridad. En primer término, considera que “es cierto que éstas, dado su fundamento, deberían en principio prolongarse en tanto persista la peligrosidad del individuo a quien se imponen, cobrando así una duración indefinida”. Pero, citando a Exner entiende que de este modo se llegaría a consecuencias inadmisibles desde el punto de vista de la seguridad jurídica. A la razón anterior vendría a sumarse el “nihilismo terapéutico”: “del mismo modo que...las distintas técnicas de pronóstico coinciden en sobrevalorar la peligrosidad del individuo, así también tiende a dudarse de la eficacia de la medida de internamiento impuesta y, por consiguiente, a retrasar la liberación condicional del sometido a la misma, al valorar negativamente las perspectivas de su comportamiento en libertad”. En este sentido, señala, citando a Fornasari, que “el riesgo (cierto) del fracaso terapéutico o de que no se manifieste la «inocuidad» sobrevenida del interesado no puede gravar a éste por tiempo indeterminado, sino que debe ser positivamente prefijado un término más allá del cual la rehabilitación del interno se emprenda, dado el caso, mediante un tratamiento «extramuros»⁷. Lo mismo cabe decir respecto del sistema de sanciones previstas para los menores.

Sin embargo, este acuerdo desaparece cuando se trata de articular las pautas para limitar las medidas a imponer y su duración. Dos son básicamente las posiciones que se sostienen en la doctrina.

En un extremo se encuentra una tesis que ha sido propugnada especialmente por Muñoz Conde. Para éste, el “límite viene representado en el ámbito de las medidas por el principio de intervención mínima y por el de proporcionalidad (junto, por supuesto, al principio de igualdad y de judicialidad). Conforme al primero, la duración de la medida deberá ser la indispensable para eliminar la peligrosidad criminal del condenado. Conforme al segundo, la medida no podrá ser desproporcionada ni a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer. La referencia a la gravedad del delito cometido y a la de los que el sujeto sea probable cometa en el futuro, medida por el marco penal que estos delitos

⁶ Muñoz Conde, F. en Muñoz Conde/García Arán: Derecho penal. PG. *Op. Cit.*, págs. 60 y s.

tengan asignado en abstracto, impide que la duración de la medida sea superior a la de la pena que, caso de ser el sujeto culpable, hubiera podido ser impuesta. Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no deba ser rebasado en ningún caso, aunque quizá la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos; pero éste es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que asume diariamente el de la reincidencia de los que, habiendo cumplido su condena en la cárcel, salen en libertad”⁸.

Este planteamiento es el que ha acogido el Código penal de 1995 y ha sido asumido favorablemente por un sector de la doctrina⁹. García Arán lo admite aun cuando, en su opinión, ello suponga asumir una contradicción interna, pues “la proporcionalidad se establece entre el delito revelador de la peligrosidad y la medida de seguridad, cuando, realmente, un hecho con pena leve puede revelar una peligrosidad considerable y a la inversa: es decir, la proporcionalidad de la medida no se mide respecto del supuesto que la motiva (el pronóstico de peligrosidad) sino respecto de un dato que opera como garantía, esto es, el delito previamente cometido”. Razones de seguridad jurídica avalarían la asunción de esta contradicción¹⁰.

En el otro extremo se sitúa la doctrina mayoritaria que critica la regulación del principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad en el Código penal¹¹ y

⁷ Sanz Morán, A.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*. Lex Nova, Valladolid, 2003, pág. 126.

⁸ Muñoz Conde, F. en “Adiciones” a la traducción de la tercera edición del *Tratado de Derecho penal*. Parte General de H. H. Jescheck. Bosch, Barcelona, 1981, T. I. Pág. 124; el mismo: *Derecho penal y control social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pág. 70. En igual sentido, Quintero Olivares/Muñoz Conde: *La reforma penal de 1983*. Destino, Barcelona, 1983, págs. 82 y s.

⁹ Así, Muñoz Conde, F. en Muñoz Conde/García Arán: *Derecho penal*. PG. *Op. Cit.*, pág. 61; Vives Antón, T. S. en *Comentarios al Código Penal de 1995*, T. I. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, págs. 62 y ss.; García Arán, M.: *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 131 y ss.; Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco: *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Civitas, Madrid, 1996, pág. 209; Cuerda Amau, M. L.: “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. T. I. Valencia, 1997, pág. 474 nota 109; Quintero Olivares/Morales Prats en *Comentarios al Nuevo Código Penal* Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 60 y ss.; Cobo del Rosal/Quintanar Díez en *Comentarios al Código penal*. T. IV. Edersa, Madrid, 2000, pág. 87; Berdugo/Arroyo/Ferré/Serrano/García: *Lecciones de Derecho Penal*. PG. 2ª ed., La Ley, 1999, pág. 394; González Rus, J. J. en *Comentarios al Código penal*. T. I. Edersa, Madrid, 1999, págs. 208 y ss. y 240 y ss.; Polaino Navarrete/Polaino-Orts: “¿Medidas de Seguridad «inocuidadoras» para delinquentes peligrosos? Reflexiones sobre su discutida constitucionalidad y sobre el fundamento y clases de las medidas de seguridad”, en *Actualidad Penal*, 2001, n° 38, págs. 900 y 903.

¹⁰ García Arán, M.: *Fundamentos*. *Op. Cit.*, pág. 132. Octavio de Toledo y Ubieto, E.: “Las medidas de seguridad con arreglo al Código Penal: carácter, presupuestos y límites”, en *Poder Judicial*, 2000, n° 60, págs. 122 y s., señala que el empleo de la pena para fijar los límites a las medidas de seguridad no parece lógico en tanto que éstas se basan en la peligrosidad criminal y por ello sería más coherente utilizar un criterio como el fijado en el art. 133 del Proyecto de Código Penal de 1980 en el que se exigía que las medidas de seguridad guardasen proporción “con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer”. No obstante, destaca que la congruencia se pagaría con inseguridad y que ésta no se puede resolver con criterios como el de limitar la duración de las medidas en función del tiempo que habitualmente dura el tratamiento.

¹¹ Cerezo Mir, J.: “Consideraciones político-criminales sobre el nuevo Código Penal de 1995”, en *La Ley*, Diario n° 4063 de 21 de junio de 1996, pág. 1474; el mismo: *Curso de Derecho penal español*. PG. T. I. 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2004, 42 y ss.; Jorge Barreiro, A. en *Comentarios al Código penal*. Civitas, Madrid, 1997, págs. 300 y ss.; el mismo en *Comentarios al Código penal*. T. IV. Edersa, Madrid, 2000, págs. 129 y ss.; el mismo: “El

con menor intensidad en el sistema de sanciones previstas para los menores¹². Y ello porque no tiene sentido “reconducir las medidas de seguridad a pseudo-penas, transponiendo mecánicamente las garantías de la pena a la medida”¹³. Profundizando en este planteamiento, Gracia Martín señala que “si el supuesto de hecho de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal y sus fines son únicamente los de la prevención especial, la exigencia de que la medida sea proporcionada a la gravedad del delito *ya cometido* y, como consecuencia de ello, que la duración de la medida no pueda rebasar la de la pena, implica una confusión total de los fundamentos de la pena (la culpabilidad) y de las medidas (la peligrosidad). Esta confusión se refleja luego en la consecuencia jurídica, y tiene que determinar que la medida no pueda alcanzar su fin. Los elementos del supuesto de hecho, a saber: el grado de peligrosidad criminal y la gravedad de los delitos que quepa esperar cometa el autor en el futuro, no se reflejan luego en la consecuencia jurídica, es decir: en una duración de la medida adecuada a la peligrosidad. Debería tenerse en cuenta que pena y medida, culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención son conceptos contrapuestos e incompatibles. La prevención se orienta al futuro, mientras que la culpabilidad y la pena tienen que tener en cuenta necesariamente el pasado. Por ello, la formulación del principio de proporcionalidad de las medidas en el Código penal español incurre en una grave contradicción interna. Si la razón de ser de las medidas de seguridad es que la duración de la pena ajustada a la culpabilidad es insuficiente para combatir la peligrosidad del autor, la

sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*. Universidad Jaime I, Castellón, 1997, págs. 104 y ss.; Gracia Martín, L. en Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón: Las consecuencias. *Op. Cit.*, págs. 388 y s.; García-Pablos de Molina, A.: *Derecho Penal. Introducción*. Universidad Complutense de Madrid, 2000, págs. 225 y ss.; Uruela Mora, A.: “Los principios informadores del derecho de medidas en el Código Penal de 1995”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2001, nº 8, págs. 179 y ss.; Silva Sánchez, J. M.: Consideraciones. *Op. Cit.*, pág. 103; Sanz Morán, A.: Las medidas. *Op. Cit.*, págs. 180 y 184 y ss. Este último con más referencias a la doctrina que se pronuncia en uno y otro sentido en la nota 52 de la página 181. Cfr., en relación con la situación en el antiguo Código penal, Romeo Casabona, C. M.: *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Bosch, Barcelona, 1986, págs. 146 y s. Desde una perspectiva general, entienden que las medidas deben ser proporcionadas a la peligrosidad criminal y a la gravedad del hecho cometido y de los que probablemente cometa en el futuro, Mir Puig, S.: *Derecho penal* PG. 5ª ed., Barcelona, 1998, pág. 101. Aludiendo sólo a la peligrosidad criminal, Octavio de Toledo y Ubieto, E.: *Sobre el concepto del Derecho Penal*. Universidad Complutense de Madrid, 1981, pág. 366.

¹² Sánchez García de Paz, I.: La nueva ley. *Op. Cit.*, págs. 718 y s.; Feijoo Sánchez, B.: Sobre el contenido y evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, nº 4, págs. 33 y ss. En cambio, se muestran favorables a la regulación González Cussac/Cuerda Arnau: Derecho Penal de Menores. *Op. Cit.*, pág. 102, destacando que “el ordenamiento jurídico no puede, con el pretexto de proteger al menor, hacerlos de peor condición que a quienes no lo son, y que además pueden ser subjetivamente imputables. Por otra parte, la peligrosidad, por sí misma, no permite alterar esa relación de proporcionalidad entre la medida y el hecho delictivo, y entre la medida y la pena que correspondería imponer si fuera adulto. Lo que autoriza exclusivamente la idea de peligrosidad es justamente a lo contrario; esto es, a renunciar a la imposición de la medida, o a sustituirla por otra menos gravosa, porque desde el instante en que no existe peligrosidad, la medida o la medida más gravosa dejan de ser necesarias”. En este sentido señala Tamarit Sumalla, J. M.: El nuevo Derecho Penal de menores. *Op. Cit.*, pág. 77, que “la aspiración a la proporcionalidad entre gravedad de la medida y el hecho cometido constituye una exigencia de justicia que el legislador no puede ignorar”.

¹³ Silva Sánchez, J. M.: Consideraciones. *Op. Cit.*, pág. 103. Resaltando la confusión que genera entre las penas y las medidas, Jorge Barreiro, A. en Comentarios. T. IV. *Op. Cit.*, pág. 72; Sanz Morán, A. J.: Las medidas. *Op. Cit.*, págs. 189 y s.; García-Pablos de Molina, A.: Derecho Penal. *Op. Cit.*, págs. 230 y s.

limitación de la duración de aquélla por la de la pena nos sitúa de nuevo en el origen del problema”¹⁴.

Feijoo Sánchez señala que “en el ámbito de las medidas de seguridad postdelictivas los límites de la intervención estatal deben ser más intensos o estrictos que en el ámbito del Derecho penal en sentido propio ya que en estos casos no existe un agresor plenamente culpable. Se debe buscar una proporción entre la peligrosidad criminal del sujeto y la reacción estatal, cosa que no tiene que ocurrir con el infractor culpable.... Por ello la intensidad de la consecuencia penal dependerá de la peligrosidad del autor para bienes jurídicos. Las medidas de seguridad tienen su fundamento en un estado de necesidad defensivo (defensa social) limitado porque el mal causado al que comete el hecho típico y antijurídico no sea mayor que el se trata de evitar. La vigente opción político-criminal del Código Penal de 1995 resulta rechazable en la medida en la que no ha establecido dicha proporcionalidad con la peligrosidad sino con la pena que en general tiene el delito cuando la pena tiene otros fines preventivos y fundamentos distintos. La imposición de una medida de mayor duración que la pena puede ser en casos excepcionales una restricción legitimada en el marco de un Estado de Derecho si teniendo en cuenta la situación de necesidad la restricción de derechos se puede entender como proporcionada y no arbitraria (libertad individual frente a muertes y sufrimientos altamente probables). La decisión del Código penal de 1995 loable por su propósito garantista resulta político-criminalmente desafortunada para casos de extrema gravedad”¹⁵.

Este sector de la doctrina, a la vista del fundamento y fines de las medidas de seguridad, sostiene que lo coherente habría sido establecer que éstas tienen que ser proporcionadas a la peligrosidad del sujeto y a la gravedad de los delitos que previsiblemente cometerá en el futuro¹⁶. Se trata del criterio que figuraba en el art. 133 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980¹⁷. Algunos autores consideran la anterior limitación insuficiente y añaden que “por razones de seguridad jurídica, la ley debería establecer un límite máximo, que podría fijarse en función de lo que habitualmente suele durar el tratamiento que precise el sujeto”¹⁸.

¹⁴ Gracia Martín, L. en Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón: Las consecuencias. *Op. Cit.*, págs. 388 y s. García-Pablos de Molina, A.: Derecho Penal. *Op. Cit.*, pág. 226, resalta que “la idea de *proporcionalidad* referida no a la *peligrosidad* del autor sino a la mayor o menor gravedad del delito cometido es ajena a las medidas y perturbadora” (la cursiva corresponde al original).

¹⁵ Feijoo Sánchez, B.: Sobre el contenido. *Op. Cit.*, págs. 37 y s.

¹⁶ Así, por ejemplo, Gracia Martín, L. en Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón: Las consecuencias. *Op. Cit.*, págs. 386 y s.; Cerezo Mir, J.: Curso. T. I. *Op. Cit.*, pág. 44; Jorge Barreiro, A. en Comentarios. T. IV. *Op. Cit.*, págs. 72 y s.; Silva Sánchez, J. M.: Consideraciones. *Op. Cit.*, págs. 97 y ss.; Sanz Morán, A. J.: Las medidas. *Op. Cit.*, pág. 180; Feijoo Sánchez, B.: Sobre el contenido. *Op. Cit.*, pág. 38; Sánchez García de Paz, I.: La nueva Ley. *Op. Cit.*, págs. 718 y s.; Urruela Mora, A.: Los principios. *Op. Cit.*, pág. 184. En la doctrina brasileña se manifiesta en este sentido Regis Prado, L.: *Curso de Direito Penal Brasileiro*. PG. 2ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pág. 533.

¹⁷ Sobre el origen de este precepto, cfr. Cerezo Mir, J.: Curso. T. I. *Op. Cit.*, pág. 44 nota 114.

¹⁸ Así se manifiesta Gracia Martín, L. en Gracia Martín/Boldova Pasamar/Alastuey Dobón: Las consecuencias. *Op. Cit.*, págs. 386 y s. En el mismo sentido, Urruela Mora, A.: Los principios. *Op. Cit.*, págs. 185 y s.; Regis Prado, L.: Curso. *Op. Cit.*, pág. 533.

IV. BASES PARA EL ANÁLISIS DE LA DISCUSIÓN

IV.1 Planteamiento

Para poder valorar y tomar partido en la discusión en torno a la configuración de la proporcionalidad en el ámbito de los subsistemas penales orientados a la prevención especial resulta necesario situar el marco en el que se mueve este principio. Para ello es preciso tomar como punto de partida la cuestión de si los principios del Derecho penal y, en general, los de todo el ordenamiento jurídico responden a una sola lógica o si, por el contrario, en ellos están implicadas más de una.

Una vez resuelta la anterior cuestión, es imprescindible aclarar el sentido en el que se hace referencia al principio de proporcionalidad, puesto que, como veremos, con esta terminología se suele aludir a diferentes aspectos del Derecho penal. Con ello se conseguirá, además, relacionar la proporcionalidad con otros criterios que se suelen tratar en conexión con ella.

Con estas premisas se podrá determinar si efectivamente se da en la regulación la contradicción que denuncia la doctrina mayoritaria o si la legislación es coherente con su punto de partida, en cuyo caso, a lo sumo, lo que habría en la doctrina mayoritaria es una discrepancia con las bases de la normativa penal.

IV.2 Racionalidad conforme a valores y racionalidad conforme a fines

Las críticas que se han dirigido contra la regulación del Código penal y la Ley Orgánica 5/2000 serían irrefutables si los fines del Derecho penal se identificaran con los fines de las sanciones penales, es decir, si la racionalidad penal estuviera presidida únicamente por los criterios utilitarios que puedan sustentar las sanciones, o al menos el principio de proporcionalidad fuera una concreción de éstos.

Por lo que a lo primero se refiere, hay que decir que expresa o tácitamente resultan dominantes, si no unánimes, los planteamientos que rechazan la idea de identificar fines del Derecho penal con fines de las sanciones penales.

Si hay que establecer un límite a las reacciones penales de la LORRPM o a las medidas de seguridad del Código penal, cuestión sobre la que existe acuerdo, ello se debe a que el fin no siempre justifica los medios. Y si esto es así, es porque no se deben confundir los fines de las penas o las medidas de seguridad con los fines del Derecho penal¹⁹. Si, como sostiene, a mi juicio, con razón la doctrina mayoritaria, el Derecho penal tiene la función de proteger bienes jurídicos, ello no nos puede hacer olvidar que para ello se sirve de un instrumento, la sanción, que supone la lesión de bienes jurídicos²⁰. Esta cuestión no siempre queda clara en las actualmente dominantes corrientes

¹⁹ Destacan que los fines de la pena no pueden constituir el único aspecto relevante para determinar la función del Derecho penal, Díez Ripollés, J. L.: “Recensión a Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht de Walter Perron”, en *ADPCP*, 1988, págs. 1086 y ss.; el mismo: “La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal”, en *ADPCP*, 1991, págs. 789 y ss.; Silva Sánchez, J. M.: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992, págs. 180 y ss.; Valle Muñiz, J. M.: *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*. PPU, Barcelona, 1994, pág. 22.

²⁰ Así lo ponía de relieve ya von Liszt, F.: *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*. Tomo I. Reimpresión de la

teleológicas. Y ello porque dentro de ellas se pueden distinguir dos direcciones²¹: una que atiende al contenido o esencia de la pena y a los fines de ésta²² y otra que parece orientarse sólo a estos últimos²³. La opción por una vía u otra tiene importantes repercusiones. En efecto, si se atiende únicamente a los fines de la pena, el contenido del Derecho penal puede variar sensiblemente según la función que se atribuya a la sanción penal. Así, una teoría relativa elaborará el Derecho penal a partir de un juicio de utilidad, la necesidad de prevención, o sea, desde la perspectiva de una racionalidad conforme a fines. En cambio, una teoría absoluta lo hará según un juicio de valor, la realización de la justicia, es decir, conforme a una racionalidad conforme a valores. Por último, las teorías de la unión conjugarán ambos tipos de juicios²⁴. De este modo, se da la impresión de que ambos tipos de racionalidades no son inherentes, las dos, al Derecho penal, sino que se vincula cada una de ellas a determinadas configuraciones de éste. Desde esta perspectiva, en tanto el sistema de medidas de seguridad y el de las sanciones para los menores se orientarían esencialmente a la prevención especial, cabría pensar, a primera vista, que las críticas formuladas contra la configuración en ellos del principio de proporcionalidad estarían justificadas.

Sin embargo, un análisis más atento de las teorías relativas y absolutas pone de relieve que ninguna de ellas renuncia respectivamente a los juicios de valor²⁵ o a los de utilidad²⁶. Esto no es más que una prueba de que en verdad en el Derecho penal han de coexistir las dos formas de racionalidad²⁷: conforme a valores y a fines²⁸. Y esto es

edición de 1905. Walter de Gruyter, Berlin, 1970, pág. 161, cuando señalaba que la pena es un medio de “protección de bienes jurídicos a través de la lesión de bienes jurídicos”.

²¹ Así lo destaca Günther, H. L.: “Rechtfertigung und Entschuldigung in einem teleologischen Verbrechenssystem”, en Eser/Fletcher (editores): *Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven*. Tomo I. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, 1987, pág. 375.

²² Así, por ejemplo, Gallas, W.: Beiträge. *Op. Cit.* págs. 3 y ss.

²³ En este sentido se había manifestado ya Radbruch, G.: “Zur Systematik der Verbrechenslehre”, en *Festgabe für Reinhard Frank*. T. I. J. C. B. Mohr, Tübingen, 1930, pág. 163. Esta es también la opción de Jakobs, G.: *Strafrecht*. AT. 2ª ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, *passim*.

²⁴ Sobre ello, cfr. García Pérez, O.: La punibilidad. *Op. Cit.*, págs. 318 y ss.

²⁵ Jakobs, G.: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *ZStW*, 1985, págs. 751 y ss. y para la cita, pág. 783, cuyo modelo es calificado como el más consecuente desde la perspectiva de la prevención general positiva, considera que muchas de las anticipaciones de las barreras de protección contenidas en el Código penal alemán no son legítimas en un Estado libre. Y ello aun cuando “ciertamente puede haber situaciones, incluso quizá las haya actualmente, en las que normas que son irrenunciables para un Estado libre, pierdan su vigencia si se espera con la represión hasta que el autor abandone su esfera privada”. Pese a todo, piensa que sólo excepcionalmente sería legítimo el mantenimiento de la vigencia de tales normas. Con ello, distingue dos planos: el de la necesidad de la intervención para satisfacer las exigencias de prevención general positiva (aspecto utilitario) y el de la legitimidad de dicha intervención (aspecto valorativo).

²⁶ Maurach/Zipf: *Strafrecht*. AT. T. I. 8ª ed. C. F. Müller, Heidelberg, 1992, pág. 76, señalan que “asimismo los defensores más decididos de la dirección clásica en la lucha de escuelas como, por ejemplo, Nagler, Oetker y Beling, sostuvieron postulados de la unión...” (subrayado en el original). En la misma línea destaca Silva Sánchez, J. M.: “Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en *Perspectivas*. *Op. Cit.*, págs. 32 y s., que “resulta bastante claro que ningún autor de los que han influido en la construcción moderna de la teoría del delito pretende ignorar el significado de los valores en la teleología del derecho penal. Del mismo modo, nadie pretende dejar a un lado el «Zweckdenken». El modelo teleológico resultante comprendería, pues, aspectos instrumentales y otros «valorativos»”(la cursiva corresponde al original).

²⁷ Esta clasificación de la racionalidad atiende a la cuestión de si cualquier fin puede a su vez convertirse en medio para la consecución de otro, de tal modo que regiría la máxima de que el fin justifica los medios o si, en cambio, hay fines que no son susceptibles de ser ponderados con otros, de modo que hay unos que establecen el

justamente lo que destaca la orientación que atiende no sólo a los fines de la pena²⁹ sino también a la esencia de ésta.

La pena por su esencia o contenido representa una privación o restricción de bienes esenciales de la persona. Aquí la sanción aparece contemplada desde la perspectiva del individuo y representa un mal gravísimo que requiere una especial legitimación. En cambio, si se la contempla desde el punto de vista de su fin, la pena aparece como algo socialmente útil. En esta otra vertiente la consecuencia jurídica se contempla desde el punto de vista de la sociedad³⁰. A mi juicio, las orientaciones a los fines de la pena, al

marco en el que otros pueden actuar. Dicho con otras palabras, es una clasificación que pretende distinguir entre la utilidad de una actuación y su legitimación. Por ello es independiente de otras clasificaciones de la racionalidad que atienden a otros criterios. De hecho el propio Weber diferenciaba también entre una racionalidad formal y otra material (cfr., por ejemplo, Fariñas Dulce, M. J.: *La Sociología del Derecho de Max Weber*. Civitas, Madrid, 1991, pág. 271). Asimismo, en la reciente revitalización que ha experimentado la teoría de la legislación se pone de relieve que para que la elaboración de una norma se pueda calificar como racional debe superar diversos niveles de racionalidad (cfr., por ejemplo, Atienza, M.: *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas, Madrid, 1997; Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad de las Leyes penales*. Trotta, Madrid, 2003; Palazzo, F.: "La política legislativa y los controles de la Ley en Italia", en Díez Ripollés/Prieto del Pino/Soto Navarro (ed.): *La política legislativa penal en Occidente: una perspectiva comparada*. Tirant lo blanch/Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2005, págs. 139 y ss.). Atienza y, asumiendo el modelo de éste aunque marcando algunas diferencias, Díez Ripollés distinguen cinco niveles de racionalidad: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética. Esta clasificación más compleja no les impide distinguir dentro de las diferentes racionalidades dos tipos de juicios. Así lo destaca Atienza cuando señala que en el plano de la racionalidad teleológica "el sistema es visto como un medio para conseguir fines", lo cual no significa que por el mero hecho de que "el Derecho persiga ciertos fines sociales", éstos estén justificados". La justificación es algo que corresponde a la racionalidad ética (Atienza, M.: *Contribución*. *Op. Cit.*, págs. 38 y s. También Díez Ripollés cuando señala que el principio de humanidad de las penas tiene un "contenido incondicionado, de forma que hay ciertas reacciones penales consideradas éticamente inaceptables, con independencia de las conductas que las hayan originado, los daños sociales éstas hayan producido o los efectos sociopersonales que se quieran borrar con tales penas" (Díez Ripollés, J. L.: *La racionalidad*. *Op. Cit.*, págs. 158 y s.). Frente a este principio, el teleológico o de los fines de la pena descubre la utilidad de ésta mientras que el de proporcionalidad "quiere garantizar que el mal que con ella misma o con sus efectos se produce guarde relación con la gravedad de lo dañado y de la responsabilidad por ello", aportando este último un "contenido de legitimación significativo" (*Ibidem*. Pág. 162).

²⁸ García Pérez, O.: *La punibilidad*. *Op. Cit.* págs. 315 y ss. y Pérez Manzano, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, págs. 221 y ss., esta última con numerosas referencias a otros autores que también se han pronunciado en este sentido. Recientemente Alcácer Guirao, R.: "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal", en *Actualidad Penal*, 2001, nº 13, pág. 234, destaca en este sentido que "frente a la exclusividad de la racionalidad instrumental (Zweckrationalität), la pena y el Derecho penal deben legitimarse también con relación a su conformidad con determinados valores, es decir, a partir de la Wertrationalität, siguiendo la terminología acuñada por Max Weber. Esta «racionalidad valorativa», en lo que a la justificación del Derecho penal se refiere, implica la exigencia de que la actuación del mismo, de que la consecución de los fines decididos, se adecue a una serie de principios de naturaleza deontológica, los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de resultados. Sin embargo, tampoco la exclusiva referencia a valores deontológicos puede legitimarlo. Un modelo deontológico puro de acción social – la teoría absoluta de la retribución, por ejemplo – se presenta desde la racionalidad instrumental como irracional, dada su desatención de los resultados; un modelo teleológico puro es, en cambio, valorativamente rechazable, dada la ausencia de límites –el fin justificaría los medios a esa persecución de resultados. Lo razonable es, entonces, que la actuación del Derecho venga determinada por una ponderación, en diferentes posibilidades graduales, de ambas formas de racionalidad. Desde la perspectiva weberiana la racionalidad valorativa es concebida, así, como un límite, como un criterio corrector a la racionalidad instrumental, sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines" (la cursiva corresponde al original).

²⁹ Por ello me parece acertada la crítica de Díez Ripollés al recurso masivo a los fines de la pena, pues no tiene en cuenta esta otra vertiente. Cfr. Díez Ripollés, J. L.: "Recensión a Rechtfertigung und Entschuldigung im deutschen und spanischen Recht de Walter Perron", *ADPCP*, 1988, págs. 1086 y ss.

³⁰ Nótese la diferencia en el punto de partida con un enfoque orientado sólo a los fines de la pena como el de

centrarse en esta esfera social, dejan en un segundo plano algo esencial: la posición que la persona ocupa en modelos de Estado que, como el nuestro, erigen la dignidad de ésta y el libre desarrollo de su personalidad en fundamento del orden político, lo cual pone de relieve que el Estado y, en general, lo supraindividual existe por y para la persona³¹. Esto significa que una sanción penal no puede ser legítima simplemente porque es socialmente útil³², puesto que el carácter instrumental del Estado supone que éste se dirige a la satisfacción de los derechos de las personas³³, incluidos los de los acusados y condenados por un delito. Y frente a estos no es suficiente con que la sanción sea beneficiosa para la sociedad, sino la circunstancia de que, a diferencia de lo que acontece en relación con los demás ciudadanos, en ellos se dan razones que legitiman que ese bien social se logre a costa de un sacrificio de parte de sus derechos, ya sea porque se les puede hacer responsables de la infracción de la norma, ya sea por otros motivos concurrentes en sus personas. Aunque ciertamente las orientaciones criticadas no prescinden de esta idea, sin embargo, a veces no extraen todas las consecuencias que de ella se deriva o cuando lo hacen, en ocasiones aparecen como límites externos a la propia racionalidad del sistema penal. En cambio, desde la orientación que incluye también la esencia de la pena, inmediatamente se destaca que, dado el valor de la persona y los derechos que le son inherentes, las injerencias en éstos exigen algo más que una justificación utilitaria³⁴.

Pues bien, si se tiene presente, como destaca Schmidhäuser, que el enfoque teleológico implica que entre aquello que es presupuesto para la consecuencia jurídica y ésta tiene que existir una estrecha conexión³⁵, ello supone que los presupuestos de una pena tienen que reflejar ambas esferas, la individual y la social. Por ello, el contenido del

Jakobs, G.: *Strafrecht. Op. Cit.* pág. 6, cuando señala que su concepción se distingue de una imagen de la pena bastante extendida: "lo injusto es un mal y el deber del autor de soportar los costes es también un mal, pero pese a ello no se puede definir la pena como imposición de un mal a causa del mal cometido. Sería absurdo «querer un mal porque ya existe otro mal» y esta secuencia del mal define la pena únicamente a través de una «característica superficial». La pena tiene que ser definida positivamente: es demostración de la validez de la norma a costa de uno competente. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido con este efecto su función, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada". Aquí la esfera individual ocupa un plano bastante secundario con relación a la esfera social.

³¹ Se trata de un modelo donde el Estado aparece como un instrumento y no como un fin en sí mismo a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en la concepción hegeliana. Sobre ello cfr. Ferrajoli, L.: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. 2ª ed., Laterza, 1990, págs. 922 y ss.

³² Destaca Ferrajoli, L.: *Diritto. Op. Cit.*, pág. 392, que los criterios utilitarios de la defensa social y la prevención de delitos son idóneos para fijar el límite mínimo de las penas, pero no para fundamentar el máximo. Para ello resulta, en su opinión, esencial acudir al principio del respeto a la persona humana.

³³ Para Ferrajoli, L.: *Diritto. Op. Cit.*, pág. 927, éste es uno de los aspectos fundamentales del garantismo en un sentido filosófico-político.

³⁴ En este sentido, señala Cuerda Arnau, M. L.: Aproximación. *Op. Cit.* pág. 484, que "rechazar las teorías absolutas no conduce a entender que lo útil esté por esa única razón justificado, pues, una vez constatada la necesidad de la pena, ésta debe quedar limitada por criterios ajenos a una idea estricta de prevención, entre los cuales, el principio de proporcionalidad, como principio autónomo, ocupa un destacado lugar. Por ello, la fórmula que está en mejores condiciones de dar efectivo cumplimiento a las exigencias dimanantes del principio de prohibición de exceso es aquella que articula la justificación de la pena sobre la base de un modelo integrado en el que la idea de utilidad juega dentro de ciertos principios distributivos fundados en la inicial distribución de derechos que se le atribuyen a todo hombre en virtud de la condición que le es propia y sobre la base de la igualdad con los demás hombres".

³⁵ Schmidhäuser, E.: "Über einige Begriffe der teleologischen Straftatlehre", en *JuS*, 1987, pág. 374.

Derecho penal aparece como un entramado de fines: unos, los propios de una racionalidad utilitaria que se infieren de los objetivos que se persiguen con las sanciones penales (aspecto comunitario); los otros, los inherentes a una racionalidad valorativa y que se extraen esencialmente del valor que toda persona tiene por el mero hecho de serlo (aspecto individual). En cuanto a la coordinación de ambos, la racionalidad valorativa vendría a establecer el marco en el que resulta legítimo el recurso a la racionalidad conforme a fines³⁶.

Desde esta perspectiva, la configuración del principio de proporcionalidad en la regulación de las medidas de seguridad en el Código penal y de las medidas para los menores en la LORRPM no se puede tachar de incoherente por el mero hecho de que no se ajuste a la lógica de la prevención especial, pues ésta es una finalidad más entre las diversas que persigue el Derecho penal. Para ello sería necesario que estuviéramos en presencia justamente de un principio inherente a la racionalidad utilitaria y no a la valorativa. Sin embargo, en la medida en que al principio de proporcionalidad se le atribuyen varios sentidos, es preciso ocuparse brevemente de ellos para poder abordar la cuestión antes mencionada.

IV.3 La proporcionalidad en sentido amplio

Es habitual en la doctrina hablar del principio de proporcionalidad en un doble sentido: uno amplio y otro estricto. El primero, a veces también designado como prohibición del exceso, constituiría una denominación genérica para abarcar diferentes principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En ocasiones se alude sólo a dos, pues se estima que la idoneidad es un presupuesto o un requisito previo de la necesidad³⁷. En mi opinión, la referencia a la proporcionalidad en un

³⁶ Así, por ejemplo, Alcácer Guirao, R.: *Facticidad*. *Op. Cit.*, pág. 234; Cuerda Arnau, M. L.: *Aproximación*. *Op. Cit.* pág. 484.

³⁷ Cfr., por ejemplo, Günther, H. L.: *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, págs. 180 y s.; Sánchez García, I.: "El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal", en *La Ley*, 1994-1, pág. 1117; Cobo del Rosal/Vives Antón: *Derecho Penal* PG. 5ª ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 84 y ss.; Cuerda Arnau, Mª L.: *Aproximación*. T. I. *Op. Cit.*, págs. 468 y ss.; Lascuraín Sánchez, J. A.: "La proporcionalidad de la norma penal", en *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, nº 5, págs. 163 y ss.; Aguado Correa, T.: *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Edersa, Madrid, 1999, págs. 65 y s. con numerosas referencias a la doctrina que adopta este enfoque, y 147 y s., donde lo asume; Sanz Morán, A. J.: *Las medidas*. *Op. Cit.*, págs. 122 y ss.; Barnes, J.: "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *Cuadernos de Derecho Público*, 1998, nº 5, págs. 18 y s. También la jurisprudencia constitucional española ha acogido este planteamiento. Cfr., entre otras, SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 49/1999, de 5 de abril y la 136/1999, de 20 de julio. En esta última se sostiene que "cabe afirmar la proporcionalidad de una reacción penal cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución. La pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada. En suma ...para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis «si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes"» En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena". Sobre esta sentencia, cfr. Cuerda Riezu, A.:

sentido amplio no resulta especialmente útil, pues se emplea para agrupar unos pocos principios rectores del Derecho penal que, como vamos a ver, son muy diversos³⁸ y genera confusión con la acepción estricta de la proporcionalidad³⁹.

A mi entender, es preferible unificar la idoneidad y la necesidad en un solo principio que se puede identificar con el de subsidiariedad⁴⁰: la intervención penal será necesaria si es idónea para prevenir delitos, no hay otros medios menos gravosos en el ámbito social o en otros sectores del ordenamiento jurídico y tampoco existen otros instrumentos menos lesivos en el propio Derecho penal. Como he tratado de fundamentar en otro lugar, este principio responde a una racionalidad conforme a fines o utilitaria, puesto que se deriva de los fines de las sanciones penales. A éstas les incumbe la protección de bienes jurídicos por medio de la prevención de los ataques sobre éstos. A los efectos que aquí interesan es irrelevante si con las sanciones se trata de evitar los ataques provenientes del delincuente (prevención especial), los de los potenciales delincuentes (prevención general intimidatoria) o los de todos en general mediante la reafirmación de la confianza en la norma (prevención general positiva). Desde la perspectiva de su fin, las sanciones penales tienen un carácter empírico, pues con ellas se busca la obtención de un beneficio. Sin embargo, hay que tener presente que la consecución de éste trae unos costes superiores a los de otros medios, puesto que la intervención penal supone la privación de bienes esenciales de la persona. Desde la lógica utilitaria, sería irracional asumir tales costes si el beneficio se puede conseguir por otros métodos que entrañan unos menores costes. Pues bien, no se podrá utilizar una sanción penal si no se cumplen los requisitos a los que antes aludíamos⁴¹.

El principio de subsidiariedad se ha consagrado en el inciso final del art. 6.2 al disponer que “las medidas de seguridad no pueden...exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad”. En efecto, si el fin de estas sanciones es evitar que un sujeto pueda volver a cometer un delito en el futuro, la medida devendrá innecesaria desde el instante en que se ha conseguido su objetivo⁴². De todas formas, la acuñación de la

“Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 237 y ss.

³⁸ En este sentido destaca Díez Ripollés, J. L.: La racionalidad. *Op. Cit.*, pág. 131 que “superpone de forma muy insatisfactoria elementos pertenecientes a niveles de racionalidad distintos”.

³⁹ Para Díez Ripollés, J. L.: La racionalidad. *Op. Cit.*, pág. 131, “se ha inflado de forma exagerada el contenido semántico de los términos «proporcionalidad» o «prohibición de exceso», para que puedan abarcar contenidos de lo más variopinto”.

⁴⁰ Arroyo Zapatero, L.: “Derecho penal económico y Constitución”, en *Revista Penal*, 1998, nº 1, pág. 5, identifica sólo la necesidad con la subsidiariedad. Por su parte, recientemente Díez Ripollés, J. L.: “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 75, 2005, págs. 98 y s., tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad en sentido amplio, concluye que “reflexiones sobre efectividad y eficacia de la norma fundamentan los componentes de la idoneidad y la necesidad, sin que se aprecien contenidos diferenciados entre ellos más allá de un inequívoco alojamiento del principio de subsidiariedad en el componente de la necesidad”.

⁴¹ Sobre esto, cfr. García Pérez, O.: La punibilidad. *Op. Cit.*, págs. 337 y ss., donde pongo de relieve que, además de estos aspectos, habría que tener en cuenta que a veces aunque no existan otros medios menos lesivos y tan eficaces, la intervención penal puede que no sea necesaria porque, junto a la restricción de bienes de la persona que ha infringido la norma, hay que tener en cuenta otros que se pueden ver perjudicados por la aplicación de la sanción penal.

⁴² Reconociendo que el art. 6.2 CP es una plasmación del principio de subsidiariedad o necesidad, por ejem-

subsidiariedad no refleja todo el contenido de ésta, pues no se alude a las exigencias de que la medida sea idónea para eliminar la peligrosidad y que, además, no existan otros medios no penales o penales menos gravosos. No obstante, cabe interpretar que aunque no se diga expresamente, estos dos aspectos del principio de subsidiariedad constituyen presupuestos implícitos de la recogida en el art. 6.2, pues si la duración de una medida, por mínima que sea, es necesaria es porque ésta es idónea para atajar la peligrosidad y, además, no existen otros remedios menos lesivos.

En los arts. 101 a 103 se establece que al declarado inimputable por alguno de los tres primeros apartados del art. 20 “se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento..., o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96”. La referencia contenida en estos tres preceptos se interpreta en el sentido de que la subsidiariedad se vincula exclusivamente al internamiento. Dándose los requisitos del art. 95.1 es obligatorio imponer una medida, siendo facultativa la aplicación del internamiento al que sólo se podrá recurrir si es necesario⁴³. Sanz Morán señala que este planteamiento no es extensible a los semiimputables, pues el art. 104.1 dispone que a éstos “el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103”. Dado que en estos preceptos se contemplan todas las medidas, la imposición de cualquiera de ellas resulta en este caso potestativa⁴⁴.

En mi opinión, la exégesis efectuada es intachable desde el punto de vista gramatical. No obstante, cabría plantearse si no sería conveniente interpretar los arts. 101 a 103 en línea con lo dispuesto en el art. 104, lo que, según alcanzo a ver, sería más coherente con el principio de subsidiariedad que, si bien de forma imperfecta, ha sido consagrado en el art. 6.2. Considerar que la imposición de cualquier medida, aun dándose los presupuestos del art. 95.1, es facultativa permitiría renunciar a los instrumentos penales allí donde ya se ha abordado alguna iniciativa social para eliminar la peligrosidad social o se está en vías de ello, lo que, además, resultará menos lesivo. Piénsese, por ejemplo, en el sordomudo de 19 años que no ha recibido ningún tipo de formación y comete un delito. Al ponerse al descubierto su situación, las autoridades administrativas convencen a los padres de la conveniencia de que reciba la enseñanza especializada que requiere. En tales hipótesis, si se ve que ello resulta adecuado, sería contrario al principio de subsidiariedad acordar alguna medida.

En el otro sistema orientado a la prevención especial, el contenido en la LORRPM, no se recoge ninguna referencia expresa al principio de subsidiariedad ni en la Exposición de Motivos ni en el articulado del texto legal. De todos modos, en la Exposición de Motivos se alude en dos ocasiones al principio de intervención mínima en el que se suelen incluir los aspectos de la subsidiariedad y la fragmentariedad⁴⁵ y algunos preceptos de la LORRPM parecen constituir una acuñación directa de la subsidiarie-

plo, Aguado Correa, T.: El principio. *Op. Cit.*, págs. 118 y s., nota 20; Silva Sánchez, J. M.: Perspectivas. *Op. Cit.*, págs. 64 y s.; Sanz Morán, A.: Las medidas. *Op. Cit.*, pág. 176.

⁴³ Octavio de Toledo y Ubieto, E.: Las medidas. *Op. Cit.*, págs. 115 y ss.; Sanz Morán, A.: Las medidas. *Op. Cit.*, pág. 177.

⁴⁴ Sanz Morán, A.: Las medidas. *Op. Cit.*, págs. 177 y s.

⁴⁵ Sobre esto, cfr. García Pérez, O.: La punibilidad. *Op. Cit.*, pág. 332, con numerosas referencias.

dad. Así acontece con el art. 14.1 donde se dispone que "el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta". Si, una vez impuesta una medida, es necesario dejarla sin efecto, reducirla o sustituirla por otra menos gravosa, ello se debe al hecho de que los fines educativos que se persiguen con ella ya se han conseguido y, por tanto, desde ese momento devendría inútil. También la regulación de la desjudicialización en los arts. 18, 19 y 27 responde a la idea de que carece de sentido celebrar un proceso e imponer una medida allí donde no existen necesidades educativas o éstas se pueden satisfacer por medios menos gravosos que las medidas, como por ejemplo, a través de la reparación del daño y la conciliación.

Hasta aquí llegarían las consideraciones basadas en la subsidiariedad que se contemplan en el sistema de medidas del Código penal y en el de las sanciones a menores, y que están vinculadas a los fines perseguidos con las sanciones penales.

IV.4 La proporcionalidad en sentido estricto y su encaje en la racionalidad valorativa

Las consideraciones basadas en la subsidiariedad no han parecido suficientes al legislador. Por ello, en materia de medidas de seguridad se ha introducido una cláusula en virtud de la cual, aun cuando la medida no exceda del límite de lo necesario para eliminar la peligrosidad criminal, ésta no puede resultar ni más gravosa ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al delito cometido. En el caso de los menores, las medidas privativas de libertad no pueden durar más de lo que hubiere durado la pena privativa de libertad que le habría correspondido en caso de ser un adulto responsable. En efecto, ahora ya no estamos ante una limitación coherente con los fines de las sanciones penales. Aunque conforme a la lógica de la prevención especial que preside la regulación de las medidas de seguridad y el sistema de sanciones de los menores sea adecuado imponer, por ejemplo, un internamiento de larga duración, puesto que, al cometer un hecho delictivo de escasa gravedad, el sujeto ha demostrado una peligrosidad criminal muy difícil de erradicar, ello no es posible. Es más, si el delito que se ha cometido no está castigado con pena privativa de libertad, en este caso ni siquiera se podrá decretar el internamiento por más que ello fuera lo aconsejable.

Existe acuerdo en considerar que estas limitaciones a las medidas de seguridad y a las medidas para menores son acuñaciones del principio de proporcionalidad en sentido estricto. Cuestión diversa, como hemos visto, es su valoración. Para poder abordar esta cuestión resulta imprescindible partir del fundamento y naturaleza de este principio.

El principio de proporcionalidad tiene por objeto establecer una determinada vinculación entre los presupuestos de la intervención y las consecuencias jurídicas de ésta. Sin embargo, es aquí donde se plantean los problemas, pues, como ha señalado Arth. Kaufmann, este principio es formal en el sentido de que establece una relación de un

elemento con otro, pero no dice cuáles son los elementos a ponderar⁴⁶. Para determinar cuáles son éstos no queda más remedio que acudir a su fundamento. Tampoco sobre esta cuestión existe consenso en la doctrina. Y ello porque en unos casos se vincula a la racionalidad utilitaria y en otros a la valorativa.

Desde la primera perspectiva, cabe destacar los esfuerzos que se han hecho desde la óptica de la prevención general intimidatoria. Así, Luzón Peña estima que el principio de proporcionalidad se deriva de los principios de necesidad y de eficacia⁴⁷. Para este autor, el principio de proporcionalidad no sólo constituye una exigencia de las teorías absolutas sino también de las relativas basadas en la prevención general, ya que interesa que ésta "sea mayor cuanto más graves sean los delitos"⁴⁸. De todos modos, señala que "también se puede justificar un cierto aumento de la pena por la frecuencia y mayor probabilidad de comisión de los hechos como algo permitido o, en su caso, incluso requerido por la proporcionalidad con la gravedad del hecho, si se considera que la frecuencia de producción y repetición también influye en la gravedad del hecho: no en su gravedad intrínseca,

⁴⁶ Kaufmann, Arth.: "Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz", en *Festschrift für Richard Lange*. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, pág. 33.

⁴⁷ Luzón Peña, D. M.: Voz "Ius puniendi: límites", en *Enciclopedia penal básica*. Comares, Granada, 2002, pág. 862.

⁴⁸ Sigue con ello una idea que ha fundamentado detenidamente Gimbernat. Para él: *Estudios de Derecho penal* 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, págs. 151 y s., las penas en un Derecho penal no basado en el libre albedrío se fijan a partir "del valor del bien jurídico protegido" y del carácter doloso o culposo de la conducta dirigida a la lesión de éste. Esto es así —dice este autor— porque "si la tarea que la pena tiene que cumplir es la de reforzar el carácter inhibitor de una prohibición, la de crear y mantener en los ciudadanos unos controles que han de ser más vigorosos cuanto mayor sea la nocividad social de un comportamiento, sería por ejemplo absolutamente injustificable que se castigase más severamente un delito contra la propiedad que uno contra la vida. El legislador en un caso así, no habría hecho un recto uso del medio —que con tanto cuidado hay que manejar— de la pena...". En mi opinión, si con la prevención general intimidatoria se trata de disuadir, mediante la amenaza de la pena, de la comisión de delitos, la magnitud de la pena es un elemento fundamental. Cuestión diversa es si la intensidad de la pena debe depender necesariamente de la relevancia del interés a proteger. Lo decisivo de cara a la elección del tipo de pena y su duración es la tratar de maximizar la tutela del bien jurídico con el menor coste posible. Ciertamente desde la perspectiva de la prevención general intimidatoria la eficacia de la tutela no depende sólo de la magnitud de la pena con la que se amenaza sino también de que ésta se tome en serio, es decir, de que si alguien lesiona el bien jurídico, se le va a sancionar con la pena. Por ello, con razón se destaca que los efectos preventivo-generales aumentan con la intensificación de la persecución de los delitos (así lo destaca, por ejemplo, Roxin, C.: *Strafrecht AT*. T. I. 2ª ed. C.H.Beck, München, 1994, pág. 48), de tal manera que se reduzcan los supuestos que escapan a la Administración de Justicia. Pero con ello lo que se está afirmando es que, como desde modelos de análisis económico del delito y las penas se pone de relieve, la eficacia disuasoria depende de dos variables: la magnitud de la sanción y la probabilidad de ser capturado y condenado. Ciertamente cabría incrementar la eficacia preventivo-general manteniendo unas penas proporcionadas al daño ocasionado para lo cual habría que incrementar la probabilidad de ser capturado. Sin embargo, desde la lógica utilitaria que preside la prevención general intimidatoria, no parece que ello sea lo más conveniente, puesto que hay que tener en cuenta que los costes de las dos variables son muy diversos, resultando más barato subir las penas que incrementar los medios personales y materiales para perseguir a los delinquentes. De ahí que no sea extraño que algunos planteamientos en el análisis económico de los delitos y las penas defiendan que para el mantenimiento del mismo nivel de disuasión resulte más útil reducir la probabilidad de ser capturado aumentando paralelamente el rigor de las penas (amplia y críticamente sobre estos planteamientos Montero Soler/Torres López: *La economía del delito y las penas: un análisis crítico*. Comares, Granada, 1998, págs. 77 y ss.). En el fondo este es el planteamiento que subyace en la fundamentación de las leyes temporales y excepcionales. Al preverse para situaciones extraordinarias donde no es posible contar con un potente aparato de persecución de delitos, este déficit se puede compensar con penas más elevadas: se puede escapar a la Administración de Justicia, pero no merece la pena arriesgarse a cometer el delito, pues si es uno de los que cae en sus redes, recibirá una pena ejemplar. Cfr. Muñoz Conde en Muñoz Conde/García Arán: *Derecho penal*. PG. *Op. Cit.*, pág. 160; Cerezo Mir, J.: *Curso*. T. I. *Op. Cit.*, págs. 236 y s.

pero sí en su gravedad extrínseca o concomitante, dadas las circunstancias en que se produce -y que el autor conoce-⁴⁹.

A mi entender, si la proporcionalidad fuese un límite inherente a la prevención general, respecto al incremento de las penas por la frecuencia y repetición de la infracción no haría falta matizar -como, sin embargo, hace Luzón Peña- que "si no se maneja este criterio con gran prudencia y de modo restrictivo, indudablemente puede, bajo el ropaje de la proporción con el significado del hecho, desbordar por completo la proporcionalidad con la gravedad del hecho en sí mismo". De este modo, viene a reconocer que la proporcionalidad como límite se ve desbordada por criterios importantes para la prevención general como son la frecuencia y repetición de la infracción⁵⁰, por lo que se hace necesario acudir a otros límites: la prudencia y el manejo restrictivo de estos criterios. Al final, se termina fijando la proporcionalidad con base en criterios externos a la lógica de la racionalidad utilitaria.

En parecidos términos se plantea la cuestión desde la óptica de la prevención especial, cuando la proporcionalidad no se vincula exclusivamente a la peligrosidad del autor sino también a la gravedad de los delitos que previsiblemente puede cometer en el futuro. En sanciones de tipo preventivo-especial, lo relevante es elegir una medida con una duración que sea idónea para evitar que el sujeto vuelva a reincidir y esto no tiene por qué coincidir con la medida adecuada a la gravedad de los hechos que pueda realizar en el futuro. Se pueden esperar del sujeto hechos muy graves, cuya peligrosidad criminal cabría eliminar con un tratamiento de una duración corta o media. A la inversa, es previsible que el individuo ejecute hechos de pequeña o mediana gravedad, pero cuyo tratamiento, a la vista del fracaso de las reiteradas sanciones que se le han aplicado, exigiría una medida muy larga o incluso incoizadora si no se vislumbran posibilidades de recuperación. En efecto, la gravedad de los delitos que en el futuro pueda cometer un sujeto nada nos dice acerca del tipo de tratamiento que pueda necesitar una persona para atajar su peligrosidad criminal y su duración. Si, pese a todo, se utiliza este criterio como límite, esto ya supone el abandono de la coherencia con la prevención especial, pues al final la peligrosidad sólo puede actuar dentro del marco ofrecido por un criterio ajeno a ella⁵¹. Algo similar acontece con el criterio de establecer un límite absoluto a las medidas de seguridad concretado en el tiempo que dura normalmente el tipo de tratamiento que necesite el sujeto. Con ello se está reconociendo que habrá casos en los que la duración habitual de la medida no es suficiente para

⁴⁹ Luzón Peña, D. M.: *Estudios penales*. PPU, Barcelona 1991, págs. 308 y s.

⁵⁰ Así lo atestiguan las leyes aprobadas en bastantes Estados de los Estados Unidos, donde el sujeto que comete un tercer delito si se dan ciertos requisitos se le condenará a penas gravísimas como la reclusión perpetua con un mínimo de cumplimiento de 25 años como acaece en California. Se trata de leyes inspiradas en la intimidación y la incoización. Ampliamente sobre ello, Castiñeira/Ragués: "Three strikes: el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 14, 2004, págs. 59 a 85.

⁵¹ Silva Sánchez, J. M.: Consideraciones. *Op. Cit.*, pág. 101, partidario de establecer la proporcionalidad "con los hechos que sea concretamente pronosticable que el sujeto va a cometer", reconoce que "es cierto que el sistema que proponemos y el de la proporcionalidad abstracta con el hecho cometido tienen en común el riesgo de que termine la medida impuesta y se constate que la terapia todavía no ha surtido efecto...La explicación de la subsistencia de tal posibilidad debe hallarse en la prevalencia del principio de proporcionalidad frente al principio defensivo de neutralización de la peligrosidad".

atajar la peligrosidad y que en esa hipótesis el tratamiento debería mantenerse por más tiempo. Sin embargo, esto no sería posible –como dicen los autores que defienden esta postura– por razones de seguridad jurídica. O sea, aunque desde el punto de vista del fundamento y finalidad de las medidas de seguridad fuera necesaria una duración mayor, ésta se rechaza por un criterio ajeno: la seguridad jurídica⁵².

En definitiva, los intentos de fundamentar el principio de proporcionalidad, desde consideraciones utilitarias, terminan reconociendo que los límites de idoneidad y necesidad que rigen aquellas consideraciones en ocasiones pueden llevar a resultados inaceptables, por lo que resulta imprescindible introducir un criterio corrector que evite los excesos a que puede conducir la lógica utilitaria: la prudencia, el tiempo que suele durar un tratamiento, etc. Pero con ello se entra en el terreno puramente valorativo: no todo lo que pueda ser útil resulta legítimo.

El problema es que la proporcionalidad no encaja en una concepción utilitaria y por ello resultan más convincentes las posiciones que vinculan la proporcionalidad a la racionalidad valorativa. En este sentido, Günther destaca que este principio es parte esencial del ideal de justicia. “Su aplicación es necesaria en la búsqueda del Derecho justo; su contemplación sirve a la realización del ideal de justicia. Por ello, prima sobre los principios de idoneidad y necesidad que sólo indirectamente proceden de la idea de justicia en tanto que ellos, orientados hacia consideraciones instrumentales y utilitarias, se detienen en el empleo eficiente y económico del medio y contemplan la correspondiente colisión de intereses desde un punto de vista unilateralmente utilitario. Y, ello porque, como es sabido, es en el Derecho penal donde se ponen las mayores exigencias de justicia.”⁵³.

Más adelante este autor pone de relieve las diferencias existentes entre el juicio de proporcionalidad y el de necesidad o subsidiariedad. Este “compara varios medios idóneos para la consecución del fin. Sus criterios orientadores son la economía, eficiencia y la conveniencia del recurso al medio. En cambio, el principio de proporcionalidad caracteriza la relación entre el medio y el fin. Está informado normativamente por

⁵² Octavio de Toledo y Ubieto, E.: Las medidas. *Op. Cit.*, pág. 123, también se muestra crítico con este criterio, pues, “de una parte, quedan al margen de este límite las medidas de mero aseguramiento, no acompañadas del «tratamiento» al que iría referido, y, de otra, la referencia a lo que sea «habitual» (¿en el momento del pronóstico o en el pronosticado futuro?) hace que dicha limitación sea ciertamente endeble”.

⁵³ Günther, H. L.: *Strafrechtswidrigkeit. Op. Cit.*, pág. 200. Más adelante viene a (*ibidem*. Pág. 210) reiterar estas ideas indicando que si en el Derecho penal la proporcionalidad tiene mayor relevancia que en otras ramas del Derecho es porque es una concreción de la idea de justicia, que es en este sector del ordenamiento jurídico donde goza de supremacía. La especial intensidad y cualidad de la intervención penal exige en virtud de este principio que se establezcan unos presupuestos muy rigurosos para que se pueda llevar a cabo ésta. Finalmente el mayor peso de la proporcionalidad frente a la necesidad o subsidiariedad se deriva de la conexión de la primera con los postulados de justicia, mientras que la necesidad de una medida se agota en aspectos tecnocráticos utilitarios, vinculados a la economía y la eficiencia. El Tribunal Constitucional español ha fundamentado el carácter constitucional del principio de proporcionalidad, entre otras razones, en el valor de la justicia consagrado en el art. 1.1 CE (SSTC 65/1986, de 22 de mayo; 160/1987, de 27 de octubre; 150/1991, de 4 de julio; 50/1995, de 23 de febrero; 173/1995, de 21 de noviembre). Destacando que es un principio derivado de la idea de justicia o inmanente a ésta, Larenz/Canaris: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1995, pág. 231; Muñoz Conde en Muñoz Conde/García Arán: Derecho penal. PG. *Op. Cit.*, pág. 92; García-Pablos de Molina, A.: Derecho Penal. *Op. Cit.*, pág. 402; Urquiza Olachea, J.: “Principio de proporcionalidad penal”, en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 202 y ss.

el ideal de justicia. La decisión sobre la proporcionalidad de una intervención exige una valoración global y la ponderación de todas las circunstancias del caso concreto. Se trata de un principio que pondera valores⁵⁴. Su ámbito de actuación se extiende a todos los campos donde las medidas estatales afecten a intereses de los ciudadanos⁵⁵.

En definitiva, Günther, a mi juicio, acertadamente vincula la idoneidad y necesidad o subsidiariedad a consideraciones propias de una racionalidad utilitaria, mientras que la proporcionalidad se conecta a la racionalidad valorativa⁵⁶. De este modo, el principio de proporcionalidad aparece como una garantía⁵⁷ de los derechos de las personas, pues aparece como un límite infranqueable para las consideraciones de utilidad social. Por muy idónea y necesaria que sea una sanción no se podrá imponer si resulta desproporcionada. En el ámbito de las sanciones penales la proporcionalidad viene a responder a la cuestión de hasta qué punto se puede legitimar frente a la persona la privación de derechos que va a sufrir. Con ella se traza el marco en el que resulta admisible perseguir los fines propios de las sanciones que siempre son instrumentales⁵⁸.

Aclarado lo anterior, ya resulta posible abordar la cuestión pendiente acerca de cuáles son los elementos de la comparación que implica el principio de proporcionalidad. Ciertamente uno de ellos no plantea problemas: sería la sanción penal, o sea, la privación de bienes que ésta implica. En cambio, no queda claro cuál es el otro elemento a comparar una vez descartados los fines de la sanción penal. En la doctrina y dejando de lado las posiciones que establecen dos criterios, según se trate de una pena o medida de seguridad⁵⁹, se mantienen dos posiciones: para unos, el tipo de respuesta penal y su

⁵⁴ *Ibidem*. Pág. 205. En similares términos se manifiesta Arroyo Zapatero, L.: Derecho. *Op. Cit.*, pág. 6.

⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 204. En este sentido, Barnes, J.: El principio. *Op. Cit.*, pág. 19, señala que “el medio que a la proporcionalidad importa es siempre restrictivo o de gravamen de derechos, las «cargas», por decirlo gráficamente. En cambio, los «beneficios» otorgados por la norma o fruto de una interpretación favorable quedan fuera de su consideración. El que obtiene alguna ventaja no puede invocar la prohibición de trato desproporcionado”.

⁵⁶ En estos términos se manifiestan también, por ejemplo, Sánchez García, I.: El principio. *Op. Cit.*, pág. 1117 y s.; Silva Sánchez, J. M.: Consideraciones. *Op. Cit.*, pág. 95 nota 90; Arroyo Zapatero, L.: Derecho. *Op. Cit.*, pág. 6; Lascaraín Sánchez, J. A.: La proporcionalidad. *Op. Cit.*, págs. 176 y ss.; Prieto del Pino, A. M.: *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, págs. 209 y s. También Jareño Leal, A.: *La pena privativa de libertad por impago de multa*. Civitas, Madrid, 1994, pág. 188, cuando señala que la proporcionalidad que, en su opinión, se deriva del Estado de Derecho y del valor de la justicia, “no extraerá su contenido de una u otra concepción teórica sobre los fines de la sanción penal, sino que el proceso tendrá lugar a la inversa: cualquiera que sea el criterio que se mantenga con respecto al fin de la pena tiene el límite, necesariamente, de la proporcionalidad” (en cursiva en el original). Recientemente Díez Ripollés, J. L.: La racionalidad. *Op. Cit.*, págs. 158 y ss., recoge entre los principios de la sanción el de humanidad de las penas, el teleológico o de los fines de la pena y el de proporcionalidad, señalando que “si el primer principio de la sanción establece exigencias incondicionadas y el segundo descubre la utilidad de la pena de la pena, el tercero quiere garantizar que el mal que con ella misma o con sus efectos se produce guarde relación con la gravedad de lo dañado y de la responsabilidad por ello”. Este autor descarta que el principio de proporcionalidad se pueda emplear dentro del principio teleológico o de los fines de la pena.

⁵⁷ Así, por ejemplo, Silva Sánchez, J. M.: Aproximación. *Op. Cit.*, pág. 259; Cuerda Arnau, M. L.: Aproximación. *Op. Cit.* págs. 477 y s. Cfr. también Díez Ripollés, J. L.: La racionalidad. *Op. Cit.*, pág. 162.

⁵⁸ En efecto, el fin del Derecho penal es la protección de los bienes jurídicos. Esta labor la realiza primariamente a través de sus normas y secundariamente, cuando éstas fracasan, es decir, se infringen, por medio de las sanciones, penas y medidas de seguridad.

⁵⁹ En efecto, como hemos visto, un importante sector de la doctrina vinculada la gravedad de la pena a la del delito y la de la medida de seguridad a la de la peligrosidad. Cfr., por ejemplo, Octavio de Toledo y Ubieta, E.: Sobre el concepto. *Op. Cit.*, pág. 366; Mir Puig, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal* Bosch, Barcelona, 1976, 158. Sin embargo, como he tratado de argumentar, en el plano de las medidas de seguridad el principio

medida se deben vincular a lo injusto y la culpabilidad⁶⁰; para otros, únicamente a la fragmentariedad o a lo injusto⁶¹. En tanto que estamos hablando, en primer término, de una directriz político-criminal resulta conveniente mantenerse en este plano, evitando entrar en el plano dogmático. A mi juicio, si el principio de proporcionalidad es un principio común a todo el Derecho sancionatorio, puesto que la imposición de una sanción siempre supone lesionar un interés jurídico para alcanzar o salvaguardar otro, parece adecuado incluir en los términos de la comparación aspectos generales y no individuales. Por esta razón sería aconsejable descartar al menos la mayor parte de los contenidos que se suelen atribuir al principio de culpabilidad, situando así el otro término de la comparación en el hecho y no en las condiciones de la persona que lo ha ejecutado.

A la vista de lo anterior parece preferible vincular el principio de proporcionalidad a los aspectos del de fragmentariedad⁶², viniendo así a complementarlo. En efecto, no basta simplemente con asegurar que el Derecho penal sólo intervenga frente a los ataques importantes a los bienes jurídicos más relevantes, sino que es preciso que, una vez satisfechas estas premisas, la sanción para cada hecho se establezca en función de la entidad del bien y del grado de menoscabo que haya sufrido. De este modo, los elementos a ponderar con la sanción penal, ya sea una pena o una medida de seguridad, son la importancia del bien jurídico y la entidad del ataque al mismo que no depende sólo de los aspectos objetivos de la conducta sino también de los aspectos subjetivos de ésta⁶³. Desde esta perspectiva, la proporcionalidad aparece como un principio común a

de proporcionalidad se situaría en la óptica de la racionalidad utilitaria y se vendría a confundir con el principio de subsidiariedad o de necesidad.

⁶⁰ Así, entre otros, Cobo/Vives: Derecho penal. PG. *Op. Cit.*, pág. 89; Jareño Leal, A.: La pena. *Op. Cit.* pág. 188; Cuerda Arnau, M. L.: Aproximación. *Op. Cit.*, pág. 475.

⁶¹ Así, por ejemplo, Muñoz Conde, F. en Muñoz Conde /García Arán: Derecho penal. PG. *Op. Cit.* pág. 85; García-Pablos Molina, A.: Derecho penal. *Op. Cit.* pág. 399; Zugaldía Espinar, J. M.: *Fundamentos de Derecho penal* 3ª ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pág. 263; Zaffaroni/Slokar/Alagia: *Derecho Penal*. PG. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2002, págs. 130 y s.

Luzón Peña, D. M.: Voz "Ius puniendi". *Op. Cit.*, pág. 862, entiende que "la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto. Aquí cuenta fundamentalmente la gravedad intrínseca del hecho, por el grado de desvalor del resultado y de la acción –importancia y número de bienes jurídicos afectados, entidad del daño, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención-, pero también puede influir, aunque secundariamente y sin excesos, la gravedad «extrínseca» del hecho, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, que también cabe incluir en el desvalor objetivo de la acción". En mi opinión, con ello se incluyen en un mismo nivel –en este caso lo injusto- consideraciones de racionalidad valorativa (relevancia del bien jurídico, grado de afección, etc.) con otras de la racionalidad utilitaria (frecuencia de comisión, alarma social), siendo así que resulta preferible mantenerlas separadas, de tal modo que las primeras fijen el límite de las segundas. De lo contrario, cabría legitimar que lesiones insignificantes pero muy frecuentes se tuvieran que incluir en el Derecho penal por ser insuficientes otras vías, o que hechos que ya están en el Derecho penal, pero que se cometen con extraordinaria frecuencia, se tuvieran que castigar con penas mucho más graves para tratar de reducirlas. El propio Luzón Peña da la primacía a las consideraciones de racionalidad valorativa cuando señala que los aspectos de la gravedad extrínseca influyen pero "secundariamente y sin excesos".

⁶² Así, por ejemplo, Muñoz Conde, F. en Muñoz Conde /García Arán: Derecho penal. PG. *Op. Cit.* pág. 85; Arroyo Zapatero, L.: Derecho penal económico. *Op. Cit.*, pág. 6; Prieto del Pino, A. M.: El Derecho penal. *Op. Cit.*, págs. 210 y s..

⁶³ En este sentido, señala Muñoz Conde, F. en Muñoz Conde /García Arán: Derecho penal. PG. *Op. Cit.* pág. 85, que, además de la importancia del bien jurídico, la gravedad de la pena depende "de la forma de ataque al bien

todas las consecuencias jurídicas previstas en el Derecho penal, al excluir todos los aspectos referentes a las condiciones de motivabilidad del sujeto que no rigen en el ámbito de las medidas de seguridad⁶⁴.

V. LA COHERENCIA DE LA ACTUAL REGULACIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD EN EL SISTEMA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y MEDIDAS A MENORES

Llegados a este punto ya se puede abordar la cuestión de si las críticas que se han dirigido contra la formulación del principio de proporcionalidad en materia de medidas de seguridad y de sanciones a los menores están justificadas. En mi opinión, si el principio de proporcionalidad se vincula a la racionalidad valorativa, es decir, resulta ajeno a las consideraciones basadas en una racionalidad utilitaria, es lógico que la sanción penal se coteje no con los fines de ésta (en este caso, la prevención especial que se basa en la peligrosidad criminal), sino con elementos ajenos a éstos (la gravedad del delito cometido). Sólo de esta manera la proporcionalidad tiene un contenido propio y diverso del de necesidad o subsidiariedad y puede erigirse en un límite infranqueable para la búsqueda de la utilidad social. Por tanto, el recurso a un criterio ajeno a los fines de prevención especial es algo coherente y lógico, puesto que la racionalidad valorativa se mueve en un plano diverso al de la racionalidad utilitaria.

La actual regulación del principio de proporcionalidad no supone confundir las penas con las medidas de seguridad o con las sanciones previstas para los menores. Y ello porque toda medida sancionatoria tiene una esencia idéntica: supone siempre una privación de derechos. En tanto que para satisfacer un interés jurídico es preciso privar a ciertas personas de bienes que gozan también de tutela jurídica, ello obliga a poner límites a las sanciones. Esto constituye un aspecto común a todas las sanciones, penales o no⁶⁵. Y en este plano no hay razón alguna para fijar los límites de forma diversa. Cuestión distinta es la de los fines que se pueden perseguir con las sanciones. Aquí cabe un amplio abanico y el sistema se habrá de configurar de un modo u otro para su satisfacción en función del que se le asigne. El hecho de que la proporcionalidad juegue de la misma manera en las penas y en las medidas de seguridad no supone riesgo alguno de que se terminen difuminando sus diferencias. Y ello porque éstas no radican en su contenido o esencia sino en los fines que se les asignan. Ciertamente no habría lugar a distinciones si en las penas en lugar de la prevención general primara la prevención especial. Pero en tanto se pretenda alcanzar fundamentalmente fines de prevención general con las sanciones que se les imponen a los adultos capaces y de prevención especial con las que se aplican a inimputables, semiimputables y menores, tendremos un sistema con diferentes vías.

jurídico. Así, por ej. un ataque doloso a la vida es mucho más severamente castigado ... que uno o varios ataques imprudentes al mismo bien jurídico...".

⁶⁴ En esta línea, señalan Hassemer/Muñoz Conde: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Tirant lo blanch, Valencia, 1989, pág. 93 nota 234, que "por eso se acoge expresamente, allí donde no es posible limitar la consecuencia jurídica por el principio de culpabilidad, como, por ej., en el ámbito de las medidas".

⁶⁵ De ahí, por ejemplo, que el principio de proporcionalidad también juegue en el Derecho administrativo.

Este doble plano del contenido y fines de la sanción no se tuvo en cuenta en la STC 24/1993, de 21 de enero, cuando abordó la posible inconstitucionalidad del art. 8.1 del Código penal de 1973 respecto a la indeterminación de las medidas de seguridad y su duración. Las medidas de seguridad, decía, “no suponen una reacción frente a la culpabilidad sino frente a la peligrosidad de quien ha cometido la acción considerada delictiva. Su adopción no tiene como finalidad la sanción del hecho realizado, pues se considera que si el enajenado no puede quedar sometido al juicio de culpabilidad tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve a cabo, sino principalmente la de prevención de la peligrosidad inherente a la enajenación mental apreciada –sin olvidar su eventual curación–”. Su fundamento y finalidad “explican alguna de las notas características que tienen” las medidas de seguridad. “Así, la relativa indeterminación del tipo de medida que debe adoptarse en cada caso o la relativa indeterminación de su duración responden al hecho de que ambos se establecen en función de un dato aleatorio como es la evolución de la enfermedad y peligrosidad social del enajenado, y no de un dato cierto y previamente conocido como pueda ser la duración de la pena que le hubiera correspondido de haber configurado las medidas de seguridad como respuesta a la culpabilidad del sujeto responsable de la acción delictiva”. Por ello consideró “justificado y razonable tratar penalmente de forma distinta a los cuerdos y a los enajenados mentales y no parece desproporcionado conectar las medidas de seguridad relativas a los últimos, no con el tipo de delito cometido, sino con su peligrosidad social y con la evolución de su enfermedad y, en consecuencia, no puede tacharse de desproporcionado que el tipo concreto de medidas de seguridad a aplicar en cada caso y su duración se vinculen a esa evolución y, por tanto, que ambas sean más indeterminadas que las penas correspondientes a los penalmente responsables y que ni el tipo de medidas ni su duración dependa del tipo de pena y duración que le hubiera correspondido de no serle de aplicación la eximente de la enajenación mental”.

El razonamiento que efectúa el Tribunal Constitucional es impecable desde el punto de vista de la finalidad de este instrumento del Derecho sancionatorio que es la medida de seguridad. En efecto, si éstas se orientan a la prevención especial, su fundamento se ha de situar en la peligrosidad del sujeto. Con la medida se pretende atajar ésta. Pero como no se puede saber de antemano cuánto puede durar el tratamiento, la medida tiene que ser de duración indeterminada y en caso necesario –añado yo– perpetua⁶⁶. Desde esta perspectiva, el problema no se plantea de forma diferente en el ámbito de las penas, al menos cuando se les asignan fines de prevención. Si con ellas se pretende conseguir objetivos de prevención general, las penas habrán de durar lo necesario para evitar que los ciudadanos puedan imitar al que ya delinquiró⁶⁷. Así, en relación con la

⁶⁶ Si, como dice el TC, “el internamiento no puede prolongarse válidamente cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo”, a sensu contrario, esto significa que es válido prolongarla en tanto se mantenga el trastorno psíquico. Pues bien, si este es incurable, la medida debería de mantenerse a perpetuidad. Así lo reconocía von Liszt, F.: *Strafrechtliche Vorträge*. T. I. *Op. Cit.*, págs. 163 y ss., quien distinguía entre delincuentes corregibles, incorregibles y los ocasionales. Para los segundos que, según este autor, eran los habituales se preveía la inocuización. En efecto, este autor lo exponía muy gráficamente indicando que “la sociedad tiene que protegerse de los incorregibles. Y dado que no queremos decapitar ni ahorcar y no podemos deportar, sólo nos resta la reclusión a perpetuidad (o por tiempo indeterminado) (*Ibidem*. Pág. 169).

⁶⁷ Se trata de un planteamiento defendido por la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo de los Estados

prevención general negativa o intimidatoria se ha destacado que se llegaría a resultados ilegítimos, pues infracciones de escasa gravedad que se cometen muy frecuentemente se podrían llegar a castigar con penas muy elevadas si con otras de menor entidad no se consigue evitar que otros las cometan⁶⁸ y que, por tanto, tiende al terror estatal⁶⁹. Y es que una cuestión es que una sanción sea idónea y necesaria para conseguir el fin que persigue y otra es que resulte legítima, proporcionada en sentido estricto. Esta última cuestión se mueve en un plano muy diverso y lo que el TC tenía que responder no era si las medidas de duración indeterminada son idóneas y necesarias para evitar que un sujeto vuelva a cometer un delito, sino la de si, pese a ello, en un modelo de Estado como el nuestro es legítimo privar a una persona de un derecho de forma indeterminada, es decir, ilimitada. Desde esta perspectiva, la respuesta no puede ser diversa en el plano de las penas y en el de las medidas, pues ya no estamos discutiendo si el medio es adecuado y necesario para alcanzar el fin, sino si el fin siempre justifica el medio. En mi opinión, desde la posición que ocupa la persona y sus bienes en el modelo de Estado diseñado por la Constitución, no se pueden considerar legítimas las intervenciones o injerencias absolutas o indefinidas en los bienes esenciales de los individuos por muy importantes que sean las funciones sociales⁷⁰.

Por otro lado, si también la propia doctrina que se muestra crítica con la actual regulación del principio de proporcionalidad utiliza, como hemos visto, un criterio ajeno a la prevención especial, lo único que cabría discutir es cuál resulta más adecuado. En mi opinión, resulta preferible limitar las sanciones en función del hecho ya cometido. Cuando el límite se fija a partir de los hechos que previsiblemente va a cometer el sujeto, estamos fundamentando la extensión de la pena no en lo que ha realizado, sino en lo que presumimos que va a hacer. Si alguien comete un delito de escasa gravedad y pronosticamos no sólo que va a volver a delinquir, sino que, además, los delitos que ejecutará en el futuro van a ser muy graves, estamos justificando una sanción muy rigurosa con base en una mera presunción, pues lo único que se ha demostrado es que ha realizado un delito de escasa gravedad. La legitimidad de este proceder me parece

Unidos en relación con las leyes que imponen gravísimas penas de prisión por la comisión de un tercer delito siempre que se den algunos requisitos. Algunos de ellos vienen a decir incluso que la proporcionalidad es un principio que juega únicamente allí donde se asigne a la pena una función de retribución. En cambio, cuando se asignan fines diversos a las penas, como acaece en las mencionadas leyes donde priman consideraciones de inocuidad e intimidación, no tiene sentido exigir la proporcionalidad. Otros, aun admitiendo el principio de proporcionalidad, vienen a sostener que éste se respeta desde el momento en que la pena satisfaga su función, en este caso inocuidad o intimidatoria. Sobre todo esto, cfr. Castañeira/Ragués: *Three Strikes*. *Op. Cit.*, págs. 71 y s., 74, 78 y s.

⁶⁸ Así, por ejemplo, Mir Puig, S.: *Derecho penal*. PG. 5ª ed., Barcelona, 1998, pág. 52; Cerezo Mir, J.: *Curso*. T. I. *Op. Cit.*, pág. 31.

⁶⁹ Así, por todos, Roxin, C.: "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", en *JuS*, 1966, nº 10, pág. 380, señalando que "aquel que pretenda intimidar por medio de la pena tenderá a intensificar este efecto castigando tan duramente como pueda. Si durante la guerra se impusieron penas muy elevadas e incluso la de muerte, esto se hizo sin duda por razones de prevención general".

⁷⁰ Tal como se ha destacado en la doctrina a la hora de analizar los problemas que plantearía la orientación de las penas a fines de prevención especial. Así, por ejemplo, Cerezo Mir, J.: *Curso*. T. I. *Op. Cit.*, págs. 28 y s. señala que éstos podrían dar lugar "en casos de delincuentes peligrosos que sean autores de delitos de escasa gravedad, a la aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad del delito...". El hecho de que utilizemos la expresión medida de seguridad en lugar de la de pena para designar la privación de derechos con la que se pretende evitar que en el futuro el sujeto cometa nuevos delitos no modifica este juicio.

muy cuestionable al menos desde la perspectiva de la presunción de inocencia. En cambio, cuando se utiliza la gravedad del delito que ha cometido, aquí se está legitimando un marco penal no con base en una presunción sino en un hecho que se ha demostrado. A partir de ahí, las consideraciones de prevención especial servirán para justificar la necesidad de agotar un marco penal que ya hemos legitimado o de no recorrerlo en toda su extensión o incluso de renunciar a él por completo si el pronóstico de peligrosidad criminal fuera negativo. Además, el criterio de la gravedad de los delitos que el sujeto pueda cometer en el futuro es mucho más inseguro que el que atiende al hecho ejecutado que rige en nuestra legislación. En efecto, si ya es difícil determinar si una persona va a seguir cometiendo delitos, mucho más lo es pronosticar qué tipo de delitos va a cometer⁷¹.

⁷¹ En este sentido Octavio de Toledo y Ubieto, E.: Las medidas. *Op. Cit.*, pág. 123, destaca que el criterio que se propugna por quienes critican la actual regulación genera “una doble inseguridad derivada de la necesidad de determinar, con el máximo de exactitud, los singulares delitos comisibles en el futuro y las respectivas penas que pudieran corresponderles”.